DEJURE
Banche dati editoriali

DOTTRINE

Fonte: **Dir. amm., fasc.02, 1 giugno 1996, pag. 0769**
Autore: **LOREDANA GIANI**

Sommario: 1. La discrezionalità amministrativa e le forme di controllo negli Stati Uniti: premesse introduttive. - 2. La discrezionalità amministrativa nel suo rapporto con la fonte legislativa: analisi della dottrina e della giurisprudenza. 3. Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità. 4. Scelta discrezionale e sindacato del giudice. 5. Il problema dell'accertamento dei fatti in sede giudiziale. - 6. Il controllo sulla discrezionalità tra aspetti formali e aspetti sostanziali. - 7. La discrezionalità nell'ordinamento statunitense ed in quello italiano: divergenze e convergenze

1. Il controllo sulla discrezionalità ed in particolare le limitazioni cui tale controllo va incontro rappresentano, soprattutto oggi, una delle questioni centrali in tutti i sistemi giuridici contemporanei tanto di civil law quanto di common law (1). L'importanza del tema dipende principalmente dalla correlazione esistente tra potere discrezionale (2) da un lato e libertà e diritti del cittadino dall'altro (3).

Emblematica in tal senso è la nostra esperienza nella quale la storia della discrezionalità è anche, e soprattutto, la storia del tentativo di esercitare un controllo sempre più penetrante che dall'atto e dalle relative volizioni della pubblica amministrazione (4) si è spostato sulla ricostruzione del processo di formazione del medesimo (5) sino a toccare oggi il concetto stesso di merito, al quale le più recenti ed autorevoli riflessioni dottrinali non intendono più riconoscere la natura di nucleo intangibile e cioè non controllabile dell'agire amministrativo (6).

Se si ha presente per un verso che la discrezionalità è un fenomeno che accompagna l'agire amministrativo in tutti gli ordinamenti contemporanei e che quindi taglia trasversalmente i sistemi giuridici tanto di civil law quanto di common law, e per altro verso che dalle forme di controllo, e soprattutto dall'ampiezza del medesimo, si misura il livello di civiltà e di democraticità del rapporto che intercorre tra amministrazione e privati, può essere di qualche utilità l'analisi e l'approfondimento di ciò che accade in altre esperienze.

In proposito particolarmente significativa è l'esperienza statunitense, non soltanto perché siamo di fronte ad un paese in cui al tema della libertà del cittadino, anche nei riguardi della pubblica amministrazione, viene attribuito da sempre un grande valore (7), ma anche perché, per ritornare al tema in oggetto, il controllo sulla discrezionalità, vista

anche la mancanza di una centralità sistemica dell'atto amministrativo, è stato vissuto, ben prima che nella nostra esperienza, come un controllo sul comportamento dell'autorità più che sull'atto amministrativo.

Le riflessioni che seguono si propongono dunque l'obiettivo di fornire un panorama su ciò che è avvenuto e sta avvenendo in quell'esperienza.

Preliminarmente, però, sono necessari dei chiarimenti circa l'esatto oggetto dell'indagine, in quanto nel sistema statunitense si parla di tre livelli di «controllo della discrezionalità». Il primo, operato dal Congresso, si realizza, per così dire, a monte attraverso la fissazione, ad opera del legislatore, di criteri che debbono vincolare il soggetto amministrativo nella scelta. Tali vincoli, che appaiono indispensabili in ogni sistema giuridico che non voglia attribuire un potere libero all'amministrazione, sono ben noti anche nel nostro ordinamento perché imposti dal principio di legalità e dal principio della riserva di legge relativa (8).

Il secondo è il livello del controllo che lo stesso potere esecutivo svolge sull'agire dell'amministrazione onde assicurarne la conformità alle direttive politiche (9). Questa forma di controllo, anche se operata secondo modalità e criteri differenti - che spesso rendono pericolosa una comparazione/equiparazione tra i due sistemi - è nota anche nel nostro ordinamento dal momento che dal dato costituzionale emergono significativi punti di collegamento tra politica ed amministrazione: si pensi, ad esempio, al potere di indirizzo del Governo sulla pubblica amministrazione (art. 95 Cost.) (10).

Il terzo, infine, è il livello del controllo giurisdizionale.

L'analisi delle principali tendenze che si agitano nell'esperienza nordamericana sarà però circoscritta soltanto al primo ed al terzo livello. Le ragioni di questa scelta sono evidenti se si considera che il secondo livello consiste in una forma di controllo che non è finalizzata, quanto meno in via diretta, alla tutela dell'interesse del privato coinvolto nell'esercizio del potere. Essa, infatti, si risolve, sotto il profilo sostanziale, in una valutazione delle capacità (attitudini) dell'agenzia di attuare l'indirizzo politico, cioè in un controllo operato per fini di governo. Pertanto risulta evidente che, poiché esso viene svolto a garanzia dell'unità dell'indirizzo politico-governativo, attiene più al rapporto politica-amministrazione che non al rapporto amministrazione-cittadini che più da vicino ci interessa in questa sede.

2. Venendo ora al primo punto, il problema del controllo del legislatore altro non è che il problema dell'ampiezza della discrezionalità che può essere conferita in concreto all'amministrazione.

Prima di analizzarlo però è forse opportuno, al fine di chiarire i termini del dibattito, svolgere alcune osservazioni relative al modo in cui il concetto di discrezionalità viene inteso nell'ordinamento statunitense.

In questa esperienza la discrezionalità viene riguardata da alcuni autori come un semplice dovere posto dalla norma in capo al singolo funzionario, in modo che quest'ultimo assuma, in situazioni particolari, delle decisioni nel modo che egli ritiene più adatto (11). Con l'avanzare degli studi sull'amministrazione, e più in generale sulle organizzazioni (12) vengono formulate, già verso la fine degli anni '60, definizioni di più

ampia portata in cui l'attenzione viene focalizzata in modo più intenso sui limiti che il funzionario incontra nell'effettuare una scelta tra possibili alternative di azione e non azione (13), sino a giungere, man mano che il fondamento dell'*administrative law* diventa l'*interest representation* (14) - man mano cioè che si afferma sulla base degli studi più recenti una concezione plurilaterale del diritto amministrativo - ad una visione della discrezionalità, in termini di valutazione comparativa di molteplici interessi confliggenti, che si avvicina alle elaborazioni conosciute nella nostra esperienza (15).

Ora, posto che sia nei paesi di civil law sia in quelli di common law vi è concordia nel ritenere che la discrezionalità consiste in un agire relativamente libero dell'organo amministrativo, va sottolineato come, mentre da noi ciò che viene accentuato è, secondo la ben nota formula gianniniana, la «ponderazione comparativa degli interessi» (16), nell'esperienza nordamericana il nucleo centrale della discrezionalità viene piuttosto individuato nelle premesse, o forse in una terminologia per noi più consueta, nei presupposti dell'esercizio del potere discrezionale. La differenza non è di poco conto perché, se si mettono al centro gli interessi, la discrezionalità diventa essenzialmente questione che attiene alla scelta migliore in relazione alla cura dell'interesse pubblico; al contrario, se si pongono al centro le premesse o i presupposti dell'azione, la discrezionalità diventa soprattutto un processo decisionale rispetto al quale diviene di primaria importanza la specificazione, operata dalle norme che pongono le premesse stesse, dei criteri in base ai quali deve essere assunta la decisione (17).

È evidente quindi che, se la discrezionalità viene intesa come un momento decisionale attraverso il quale il pubblico funzionario attua le premesse di valore e di fatto (18) poste dalla norma o da un altro soggetto a lui gerarchicamente sopraordinato, essa diventa variabile dipendente proprio di questi standards (19). E in quest'ottica è chiaro che acquista un'importanza centrale, al fine di un'adeguata tutela dell'interesse del privato coinvolto dall'agire amministrativo, non solo la disciplina normativa del potere attribuito all'autorità e soprattutto la specificazione di quelle premesse (di valore e di fatto) nel cui ambito è dato individuare i criteri di fondo in base ai quali l'agenzia in concreto può agire, ma più in generale l'intera tematica degli standards (20).

In quest'ottica, pertanto, il problema della discrezionalità sembra si sposti dalla teoria dell'azione a quella dell'organizzazione in quanto il nucleo centrale della questione sembra riguardi principalmente i modi ed i mezzi attraverso cui assicurare che il comportamento dell'agenzia, e più in particolare l'agire discrezionale del singolo funzionario pubblico inserito nell'organizzazione, sia da considerarsi razionale; in altri termini cioè non contrasti con quelle premesse di valore e di fatto che dovrebbero essere alla base di ogni azione dell'agenzia (21).

Stante quanto si è detto sul modo di intendere la discrezionalità si capisce come uno dei problemi centrali si sia posto in quelle ipotesi in cui gli standards previsti dal legislatore sono talmente indeterminati da essere oggetto di interpretazioni estremamente elastiche, tali da giustificare qualsiasi azione dell'agenzia (22).

Le ragioni che sono alla base di questo fenomeno, che va sotto il nome di *standardless delegation*, sono diverse ed in gran parte politiche. Si pensi, ad esempio, alle forti pressioni operate dai gruppi di interesse che spesso inducono il Congresso a ricercare

una «soluzione di compromesso», che pertanto venga accettata dalla maggioranza dei gruppi evitando, così, che il consenso raggiunto venga costantemente frustrato da continui disaccordi su particolari esigenze. È evidente che la soluzione di compromesso così individuata, il più delle volte, si traduce in una delega di «autorità» avente dei contenuti «*broad and vague*».

Il dibattito sulle *standarless delegations* ha subito sviluppi interessanti soltanto nel periodo successivo al New-Deal. Nei primi anni del secolo, infatti, era prevalsa tra gli operatori del diritto d'oltreoceano la convinzione di una sorta di intangibilità delle amministrazioni, potendo i giudici limitarsi solo ad un controllo formale dell'azione delle agenzie (23).

Altrettanto sintomatiche di questa «presunta intangibilità dell'amministrazione» sono le decisioni della Corte Suprema riguardanti la ritenuta legittimità costituzionale appunto di quelle *delegations* palesemente «*broad and vague*».

Solo successivamente al New-Deal la Corte Suprema, pur riconoscendo la legittimità costituzionale di alcune delege di potere considerate *broad and vague*, e quindi potenzialmente in contrasto con il principio costituzionale della *nondelegation clause* (24) attraverso una complessa operazione interpretativa ha ritenuto che quegli standards di cui la legge sembra essere carente sono individuabili indirettamente, attraverso l'analisi delle enunciazioni contenute nel preambolo di ciascuna legge, relative alle intenzioni ed agli scopi perseguiti dal legislatore (25); attraverso l'analisi dei lavori preparatori; o ricorrendo addirittura a precedenti usi dell'amministrazione - circoscrivendo così il potere dell'amministrazione ed aprendo allo stesso tempo la strada al controllo della discrezionalità (26).

Particolarmente significativo del trend seguito dalla Corte Suprema è il noto caso Amalgamated Meat Workers v. Connally (27) nel quale è stata riconosciuta la legittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nell'Economic Stabilization Act del 1970. Secondo i giudici della Corte suprema la delega di poteri in esso contenuta non poteva essere considerata concessa in violazione della *non delegation clause* poiché, oltre ad essere limitata sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto il profilo temporale, risultava essere ulteriormente circoscritta non solo dalle disposizioni dell'APA, nello specifico ritenuto applicabile, ma anche dal linguaggio adoperato dal legislatore, considerato sufficientemente chiaro da non lasciare aperti spazi per diverse interpretazioni, e dai numerosi precedenti esistenti in base ai quali sarebbe stato comunque possibile definire ulteriormente i limiti del potere concesso ex lege all'autorità.

La validità dei summenzionati criteri è stata confermata e la loro portata ulteriormente specificata dalla stessa Corte Suprema in decisioni successive sino al 1989 quando, nel caso Mistretta v. United States (28), essa manifestò espressamente la propria carenza di interesse nell'utilizzare la *nondelegation clause* quale strumento attraverso cui «controllare» la discrezionalità amministrativa.

A ben vedere questo atteggiamento trova le sue ragioni di fondo nella presa di coscienza, da parte degli stessi giudici, del fatto che in una società economicamente avanzata, e dunque assai complessa, caratterizzata da un crescendo di problemi di natura principalmente tecnica, il legislatore in concreto non potrebbe regolarla e dunque governarla efficacemente se non avesse la possibilità di operare delle deleghe di potere,

anche attraverso «*broad and vague delegations*». Pertanto usare la *nondelegation clause* quale unico strumento attraverso cui limitare la discrezionalità amministrativa non farebbe altro che rendere meno efficaci le norme dettate dal legislatore, consegnandole al rischio di una loro impossibile, o assai difficile, attuazione concreta.

Questa prassi, ritenuta ormai pienamente legittima dal Congresso (29), ed avallata, come si è già avuto modo di notare, dai giudici, appare comunque problematica (30). Infatti, a prescindere dalle indubbie influenze politiche ed istituzionali, la creazione di un'agenzia, e soprattutto la disciplina del potere ad essa attribuito, devono rispettare dei limiti costituzionali ben precisi quali il principio della separazione dei poteri ed il principio del *due process*.

La dottrina ha fornito contributi importanti sul tema seguendo due diversi approcci. In base al primo (31), muovendo dal riconoscimento dell'esistenza di un preciso obbligo di natura costituzionale secondo il quale l'autorità legislativa deve formulare degli standards ai quali attenersi nell'esercizio della propria attività (32), essa finisce per sostenere che, essendo la delega operata dal Congresso in capo alle agenzie una delega di potere legislativo, se nell'operare detta delega il Congresso omette di prevedere degli standards che delimitano il potere conferito all'autorità, quest'obbligo automaticamente passa in capo all'autorità delegata, cioè all'amministrazione. Si abbraccia in questo modo una visione ampia della discrezionalità dell'amministrazione che è insieme esercizio di potere legislativo ed esecutivo, e pertanto la questione della «*broad and vague delegation*» diviene una questione di delega del potere/dovere di prevedere i propri *standards* di azione.

In base al secondo approccio invece la dottrina, facendo leva sulla regola del *due process* (33), ha sostenuto che esiste comunque in capo ad ogni soggetto, amministrativo o giurisdizionale che sia, la cui azione tocca i diritti dei singoli, un obbligo per così dire di autolimitare, o più precisamente, con terminologia anglosassone, uno specifico dovere di formulare i propri standards sostanziali ma soprattutto procedurali, ponendo pertanto al centro del controllo della discrezionalità il rispetto delle procedure, inteso non come rispetto dell'aspetto formale, ma come «*requirement of notice and hearings*» e cioè come garanzia della partecipazione del privato al procedimento amministrativo (34).

Tale dovere di formulare i propri standards troverebbe il fondamento normativo in disposizioni quali quelle contenute nel *Revised Model State Administrative Procedure Act* emanato nel 1986, nel quale è enunciato un generico obbligo per le agenzie di adottare delle norme contenenti l'indicazione di standards appropriati, di natura principalmente procedurale, che la stessa agenzia deve applicare nell'esercizio dei propri poteri. E più in generale è stato sostenuto, soprattutto da parte della giurisprudenza, che detto dovere dovrebbe essere considerato alla stregua di un «*common law duty*» in base all'osservazione secondo cui «*Due process means that administrators must do what they can to structure and confine their discretionary powers through safeguards, standards, principles and rules*» (35).

Sulla base di quanto detto, e ricollegandoci alla ricostruzione fatta in precedenza del concetto di discrezionalità, è evidente che nel primo approccio preminente ai fini del controllo è la specificazione delle premesse, di valore e di fatto, dell'azione e quindi

sostanzialmente la elaborazione di una sorta di programma d'azione da parte dell'organo agente. In base al secondo, invece, quello che viene messo in evidenza è il momento della partecipazione e quindi in ultima analisi la comparazione degli interessi in gioco.

3. Passando all'analisi del terzo livello di controllo (36) individuato in precedenza, e del quale saranno analizzati in questa sede soltanto gli aspetti sostanziali (37), è interessante notare preliminarmente che esso viene realizzato dalle corti ordinarie e consiste, in sostanza, nell'applicazione della legge e di principi di matrice giurisprudenziale (38) alle agenzie (39).

Il primo problema da affrontare riguarda il fondamento normativo di tale revisione.

Da una prima lettura delle disposizioni contenute nella Carta costituzionale, ed in particolare dell'art. III, non si desume l'esistenza di uno specifico diritto alla revisione giudiziale delle azioni delle agenzie. Infatti l'art. III (40) lascia la piena disponibilità della materia al Congresso al quale, oltre al potere di escludere il diritto alla revisione giudiziale dell'azione delle agenzie, è riconosciuto anche il potere di limitarlo nella sua portata: si pensi ad esempio all'apposizione di limiti temporali entro i quali l'azione può essere esercitata (41).

A livello legislativo, invece, la materia è stata disciplinata, anche se non compiutamente, nell'A.P.A. dalla cui lettura si evince chiaramente l'intenzione del legislatore di riconoscere, in capo ad ogni singolo, il diritto alla revisione giudiziale dell'azione delle agenzie.

Il § 701 dispone, infatti, «*Except so far as (1) statutes preclude judicial review or (2) agency action is by law committed to agency discretion.*

(*a*) *Right of review. Any person suffering legal wrong because of any agency action, or adversely affected or aggrieved by such action within the meaning of any relevant statute, shall be entitled to judicial review thereof*» (42).

Dalla lettura di questa disposizione sono sorte alcune questioni di un certo rilievo riguardanti la interpretazione delle due eccezioni contenute nel § 701 (43).

In relazione alla prima (44), che riguarda essenzialmente quei casi in cui le leggi escludono, esplicitamente o implicitamente, la possibilità di una revisione giudiziale dell'azione dell'agenzia, va rilevato che essa non è stata oggetto di particolari dibattiti né in sede dottrinaria né in sede giurisprudenziale. Si consideri, infatti, che normalmente le corti rimettono la controversia alle stesse agenzie soltanto in quelle ipotesi in cui il divieto legislativo sia espresso; invece, qualora tale divieto non sia espresso o il contenuto della norma sia da ritenersi ambiguo, esse, ormai pacificamente, riconoscono la propria giurisdizione in relazione alla specifica controversia.

Più problematica, invece, si presenta l'interpretazione della seconda eccezione contenuta nel § 701 che ad una prima lettura sembrerebbe escludere qualsiasi tipo di ingerenza del potere giudiziario in quei casi in cui vi sia, da parte dell'agenzia, l'esercizio di un potere discrezionale. In realtà però, già solo sulla base dell'analisi dei lavori preparatori dell'APA, ed in particolare proprio del § 701 in cui essa è contenuta, è evidente che la stessa è intesa a limitare la revisione giudiziale dell'azione dell'organo amministrativo non in tutti i

casi in cui si ha, da parte della stessa agenzia, l'esercizio di un potere discrezionale, ma soltanto in quei casi in cui «*statutes are drawn in such broad forms that in a given case there is no law to apply*»; in altri termini quando manca una esplicita previsione di alcun limite alla discrezionalità tale da permetterne una revisione giudiziale. Però nonostante l'individuazione di questo criterio suppletivo, l'interpretazione della seconda eccezione contenuta nel § 701 è rimasta per lungo tempo problematica, soprattutto in relazione alla questione, cui si è fatto cenno in precedenza, delle «*broad and vague delegations*». In sintesi, comunque, dottrina e giurisprudenza ritengono che anche se vi è esercizio di discrezionalità da parte dell'agenzia non necessariamente la revisione giudiziale dell'azione della stessa debba essere preclusa in quanto, visti anche i riferimenti espliciti alla discrezionalità contenuti nell'APA (45), l'espressione «*committed to agency discretion by law*», e quindi la preclusione per i giudici di sindacare l'azione dell'organo amministrativo qualora vi sia esercizio di discrezionalità da parte della stessa, deve considerarsi limitata soltanto a quei casi in cui per i giudici sia impossibile condurre alcun tipo di revisione o perché «*there is no law to apply*» (46) o per altre importanti «ragioni politiche» (47).

4. Passando ora all'analisi del dettato normativo concernente il controllo sostanziale, il legislatore dell'APA al § 706 ha stabilito che le azioni degli organi amministrativi possono essere sindacate da diversi profili primo fra tutti quello delle cosiddette *questions of law* (48), cioè quei casi in cui si riscontra una violazione della Costituzione [§ 706 (2) B] oppure in quei casi in cui l'amministrazione vada oltre «*its statutory authority*» [§ 706 (2) C].

L'azione delle agenzie può essere poi sindacata sotto il profilo delle *fact issues* (49): attraverso il *substantial evidence test* [§ 706 (2)E], la *de novo fact review* [§ 706 (2)F] e l'*arbitrary and capricious test* [§ 706 (2)A].

L'individuazione della portata dei criteri di cui al § 706 è stata, ed è tuttora, controversa, perché si fronteggiano da una parte le opinioni di quegli autori che tentano di limitare al minimo le interferenze del potere giudiziario nell'azione degli organi amministrativi, e dall'altro le tesi di quegli autori che muovono verso forme sempre più penetranti di controllo operato dai giudici i quali, oltrepassando il profilo della legalità dell'azione dell'agenzia, dovrebbero procedere ad una revisione sostanziale della stessa.

Il primo punto da esaminare è vedere in che cosa consistono le cosiddette questioni di diritto in relazione alle quali emblematico è il caso Chevron v. Natural Resources Defence Council (50) nel quale la Corte Suprema ha riconosciuto una sorta di «naturale subordinazione» dei giudici nei confronti delle interpretazioni delle norme fornite dall'amministrazione dovendo limitarsi ad accertare se «*the agency's answer is based on a permissibile construction of the statue*» (...).

La questione è estremamente delicata perché sembra introdurre un'anomalia nel principio della supremazia del potere giurisdizionale in relazione all'interpretazione della legge e dunque sembra arrecare una ferita allo stesso principio democratico.

Non è un caso, quindi, che su questo tema, che ha interessato numerosi autori, si fronteggiano due diverse opinioni. C'è, infatti, chi accetta questa subordinazione del giudice all'amministrazione e la giustifica essenzialmente sulla base di 4 argomentazioni:

a) gli organismi amministrativi spesso hanno una approfondita conoscenza delle leggi che essi stessi devono applicare, e un quadro sufficientemente chiaro non solo delle correlazioni esistenti tra le diverse norme, ma anche delle implicazioni pratiche che l'adozione di una determinata interpretazione in concreto può avere;

b) la complessità della realtà nella quale le agenzie operano sovente esige che ad esse venga riconosciuta una certa flessibilità affinché essa persegua i propri fini in maniera efficace, e pertanto è opportuno che esse siano libere nell'interpretare le norme;

c) l'amministrazione, a differenza delle Corti, è politicamente responsabile per le proprie scelte;

d) la preferenza accordata all'interpretazione fornita dalle agenzie favorisce una uniformità di applicazione della legge che altrimenti sarebbe impossibile (se della stessa norma fossero fornite diverse, e probabilmente contrastanti, interpretazioni da più Corti) (51).

Dietro queste argomentazioni non è difficile scorgere quale sia il quadro teorico di riferimento: da un lato, infatti, si coglie chiaro il riconoscimento che l'amministrazione è portatrice di una razionalità maggiore di quella del giudice; dall'altro che l'amministrazione, in quanto diretta espressione dell'esecutivo è investita, direttamente, sia pure attraverso un processo discendente, di una vera e propria legittimazione popolare. Non c'è, quindi, solo una legittimazione interna dell'amministrazione, di tipo weberiano, ma anche una legittimazione di tipo politico.

In contrasto con la tesi ora esposta, va rilevato che parte della dottrina, e con essa anche parte della giurisprudenza, più legate alla teoria del bilanciamento dei poteri, sono ferme nel convincimento che le agenzie non possono essere considerate come l'ultimo arbitro del loro stesso potere. In altri termini l'indipendenza della magistratura è una garanzia necessaria ai fini di un controllo effettivo e che le Corti in realtà sono competenti quanto, e forse più, delle stesse agenzie in relazione a questioni interpretative.

Questo convincimento è risultato particolarmente evidente negli anni '80 quando il Congresso ha proposto un emendamento all'APA (*Bumpers Amendament*) col quale si intendeva eliminare, o comunque ridurre in maniera significativa, questa sorta di dovere delle Corti «*to defer*» al punto di vista dell'amministrazione sulle questioni di diritto.

Inoltre la dottrina (52), e con essa parte della giurisprudenza, ha sostenuto che, proprio dal confronto tra le diverse interpretazioni è possibile giungere alla individuazione di quella «più corretta». Si consideri ad esempio l'ipotesi in cui il legislatore determini alcuni criteri ai quali l'agenzia deve attenersi, ora soltanto grazie al confronto tra le diverse interpretazioni sarà possibile individuare, con un sufficiente margine di certezza, quale debba ritenersi corretta. E solo grazie a questo confronto che sarà possibile evitare che si verifichino ipotesi in cui le indicazioni del legislatore relative alla individuazione di un determinato criterio, quale ad esempio il criterio geografico utilizzato per classificare determinate società, vengano considerate semplicemente esemplficative e non tassative come invece era nelle intenzioni del legislatore stesso (53).

In questo si coglie un elemento di estrema importanza rappresentanto dal fatto che gli ordinamenti giuridici sono percorsi da movimenti di pensiero e da idee in gran parte comuni, e quindi, almeno per quanto concerne le questioni di teoria generale, ad esempio, la differenza tra *civil law* e *common law* sembra ricomporsi in una unità di problemi che rende in qualche modo indispensabile l'approccio comparativo.

Ritornando al caso Chevron in realtà in esso non viene espresso un divieto assoluto per le Corti di interpretare le leggi disciplinanti l'attività dell'agenzia, bensì soltanto una limitazione di questo loro potere. Infatti, secondo quanto è dato leggere nel testo della sentenza, le Corti impegnate in una simile attività dovrebbero muoversi entro i «*traditional tools of construction*» (i tradizionali strumenti interpretativi) e cioè dovrebbero evitare quelle analisi che, partendo dalla «*legislative history*» e passando attraverso una lettura globale delle norme, giungono alla individuazione - per così dire creativa - di fini che l'agenzia non aveva individuato e che forse non avrebbe mai individuato sostituendo, in tal modo, la propria volontà a quella del legislatore (54).

In concreto, quindi, la *Chevron Doctrine* è meno assoluta e più complessa di quanto sembri a prima vista, e, infatti, se correttamente intesa può risultare un utile strumento volto a chiarire i confini tra lo spazio riservato all'amministrazione e quello riservato ai giudici, senza con ciò limitare l'attività di questi ultimi entro gli angusti confini del controllo di legalità dell'azione amministrativa.

5. Per ciò che concerne le cosiddette, *question of facts*, l'azione delle agenzie può essere sindacata attraverso il *substantial evidence test*, intendendo per *substantial evidence* una «prova adeguata dei fatti posti a base della decisione». Già dalle prime battute risulta evidente che esso non mira ad accertare il vero ed il giusto in sé; al contrario, è volto a vagliare la ragionevolezza della decisione: «*substantial evidence is such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion*». Più precisamente il giudice deve verificare che l'agenzia, nel suo iter decisionale, sia stata molto scrupolosa nel raccogliere e valutare le informazioni disponibili, e cioè che essa abbia effettuato una *hard look at the important factual issue*, acquisendo così quella che noi chiameremmo una prova adeguata, una prova sostanziale della opportunità della decisione stessa.

Nel sindacare l'azione dell'agenzia alla luce del *substantial evidence test*, inoltre, la Corte è obbligata a prendere in considerazione tutta la documentazione in possesso dell'agenzia. Essa, quindi, non deve soltanto cercare le prove a sostegno della decisione dell'agenzia, ma deve considerare l'intero complesso probatorio e così determinare se le conclusioni cui è giunta sono «*within the zone of reasonableness*».

In proposito è interessante vedere cosa accade in quelle ipotesi in cui la decisione finale dell'amministrazione capovolge una precedente decisione di un giudice amministrativo (*ALJ's decision*) (55). La sezione 557 dell'APA riconosce ai vertici dell'agenzia un ampio potere di compiere un nuovo accertamento dei fatti quando essi riesaminano una decisione iniziale. Allo stesso tempo il § 577 (B) stabilisce che la decisione iniziale è parte integrante della documentazione ufficiale del procedimento, e il *substantial evidence test* richiede appunto che la corte prenda in considerazione tutta la documentazione.

Dal momento che la decisione iniziale del giudice amministrativo è parte integrante di quella documentazione che la corte deve prendere in considerazione nel valutare il

supporto probatorio della decisione finale dell'agenzia, se quest'ultimo si discosta dalla decisione iniziale potrebbe venire meno il fondamento della decisione finale. Si consideri ad esempio l'ipotesi in cui a base della decisione iniziale dell'ALJ vi sia una testimonianza oculare. È evidente che i giudici, nel valutare l'intero supporto probatorio di quella che qui abbiamo chiamato decisione finale dell'agenzia - della quale è parte integrante, gioca ricordarlo, la documentazione relativa all'ALJ's decision -, ben potrebbero attribuire un peso considerevole alla testimonianza oculare riconoscendo così la fondatezza della prima decisione.

Una tappa successiva del controllo operato dai giudici è volta ad accertare se l'azione dell'agenzia sia «*arbitrary, capricious, an abuse of discretion or otherwise not in accordance with law*».

Le indicazioni fornite dalla Corte suprema sul concetto di abuso della discrezionalità sono frammentarie. Per anni il più chiaro riferimento è consentito nell'affermazione resa nel caso *Overton Park* nella quale la Corte indicò come essenziale l'accertamento «*whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there as been a clear error of judgment*». Molti anni più tardi la Corte è stata più specifica sul tema: «*Normally, an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intendend it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise*» (56).

Entrambe le formule sono state considerate, dalla dottrina successiva, fuorvianti in quanto si è osservato che, in generale, i fattori rilevanti per una decisione amministrativa derivano da un *underlying statute* (una norma secondaria); così entramble le formule producono una sovrapposizione tra la «*arbitrariness review*» e le «*legal questions*» concernenti i confini dell'autorità dell'agenzia; una questione quest'ultima che la Corte necessariamente deve affrontare prima di giungere ad un giudizio relativo alla arbitrarietà della decisione dell'agenzia.

La *case law*, inoltre, ha individuato un numero di altre situazioni in cui è possibile ritenere che l'amministrazione abbia abusato della propria discrezionalità senza però giungere mai alla enunciazione di un unico criterio attraverso cui pervenire ad una simile determinazione:

1) quando la decisione discrezionale di un amministratore è in linea con la disciplina di grado, per così dire, primario potrebbe essere in contrasto con la disciplina propria dell'agenzia. Dal momento che una norma «interna», emanata cioè dall'agenzia, ha la «forza di legge» ed ha lo stesso valore di una legge necessariamente, la sua violazione configura un'ipotesi di abuso di discrezionalità (57);

2) quando essa si distacchi da una sua precedente decisione senza una adeguata motivazione. Il diverso trattamento riservato alle parti che sono in posizioni simili può far sorgere la questione concernente se il comportamento dell'agenzia, o meglio se il diverso comportamento dell'agenzia, sia in entrambi i casi fondato. Al contrario può verificarsi l'ipotesi opposta che a suscitare dei sospetti non sia il distacco da una precedente decisione ma l'averla seguita meccanicamente (58);

3) quando l'agenzia infrange dei principi di diritto di fonte giurisprudenziale (59);

4) vi sono dei casi in cui le corti ritengono che una decisione dell'agenzia sia da considerarsi troppo «dura» quando di fatto manca una adeguata motivazione (60).

Infine le corti nel sindacare l'azione dell'agenzia devono accertare se essa sia il frutto «*reasoned decisionmaking*», legittimando così l'intervento delle corti in tutti quei casi in cui esse «*become aware, esecially through a combination of danger signals, that the agency has not really taken a hard look at the salient problems, and has not genuinely engaged in reasoned decision making*».

Nell'accertamento dell'iter logico seguito dall'organo amministrativo acquista un rilievo fondamentale la motivazione fornita dallo stesso organo amministrativo.

Nella realtà accade spesso, però, che la motivazione dell'agenzia sia insufficiente o, addirittura, manchi del tutto. In questi casi le Corti solitamente rinviano la decisione all'agenzia affinché essa ne fornisca una spiegazione completa, o meglio una motivazione che contenga delle indicazioni sufficientemente precise, tali cioè da rendere possibile una «revisione che abbia un senso». Rinvio che, come è evidente, alcune volte non può che essere considerato come un vero e proprio invito rivolto all'organo amministrativo a riconsiderare la propria decisione.

La Corte Suprema nel caso *Overton Park* ha affermato che le corti devono, e soprattutto possono, valutare la razionalità dell'azione dell'agenzia anche attraverso dichiarazioni giurate rese dai funzionari che materialmente hanno assunto la decisione sulla quale si controverte oppure attraverso la loro testimonianza in giudizio e, se motivata, l'opinione dell'agenzia è valida fino a quando non si dimostri la mala fede dell'agente. Ovviamente la logica conseguenza di questo principio è quella di dare ai funzionari un forte incentivo a scrivere le proprie opinioni accanto alle proprie azioni, anche se ciò non è un esplicito requisito procedurale circoscrivendo, al contempo, il rischio che i giudici contestino la razionalità di una decisione al solo fine di sovvertire la politica da essi perseguita sostituendosi, pertanto, all'amministrazione.

In relazione all'accertamento dell'iter logico attraverso il quale l'agenzia collega l'accertamento dei fatti e le conclusioni di diritto, assume un rilievo particolare la questione concernente la abrogazione di una una norma e più in generale se questa debba essere trattata alla stregua di un comportamento potenzialmente non soggetto a revisione, o, al contrario, debba essere assoggettata allo stesso controllo cui è soggetta la emanazione delle stesse norme da parte dell'agenzia. La Corte Suprema nel caso *Motor Vehicle Manifacturers Ass'n v. State Farm Automobile Insurance Co.* ha sostanzialmente equiparato i due momenti in quanto solitamente è da considerarsi implicita l'intenzione del legislatore di imporre alle agenzie dei limiti agli eventuali cambiamenti che in qualche modo possono incidere sulle scelte politiche già assunte in precedenza, poiché la abrogazione di una norma, così come la promulgazione o l'emendamento della medesima, implica ovviamente detti cambiamenti. In particolare la Corte ha sostenuto che la scelta fatta dall'agenzia dovrebbe essere scartata se «*relied on factors which Congress has not intended to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the*

agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of expertise».

Nel contesto della sentenza i giudici hanno enfatizzato il rispetto che è necessario avere nei riguardi degli accertamenti compiuti dall'agenzia in relazione ai probabili effetti futuri di una sua azione quando questa necessariamente è incerta. Così la maggioranza dei giudici della Corte ha sottolineato che l'azione di un'agenzia basata su previsioni di un incerto futuro non possono essere considerate «*arbitrary or capricious simply because there was no evidence in direct support of the agency's conclusion*» in quanto un'agenzia deve essere libera di assumere delle decisioni politiche anche se basate su semplici probabilità e «*a reviewing court must be most hesitant to intrude*». La stessa Corte Suprema, fermo restando il principio secondo cui la stessa agenzia ha il diritto di modificare la propria politica, ha sostenuto la necessità che ogni scelta in questo senso debba risultare fondata non potendo arbitrariamente né infrangere i confini individuati dal Congresso, spesso già molto ampi; né tanto meno risultare in qualche modo ingiustificata.

6. Ai fini del discorso che stiamo svolgendo è a questo punto opportuno soffermarsi più da vicino sul dibattito in corso negli Stati Uniti - che in definitiva è alla base delle diverse interpretazioni delle norme sul controllo giurisdizionale delle quali si è dato conto nei paragrafi precedenti - tra quegli autori che ritengono che il controllo della discrezionalità debba limitarsi ad un semplice controllo procedurale dell'azione e quegli autori che ritengono, al contrario, che il semplice controllo procedurale non sia sufficiente propendendo così per una revisione sostanziale di detta azione.

Posto che a favore della revisione giudiziale tout-court si adducono in concreto diverse motivazioni che vanno dalla semplice garanzia di legalità dell'azione amministrativa e di conformità ai fini politici individuati dal legislatore, alla garanzia che le decisioni vengano adeguatamente ponderate, anche grazie ad un'adeguata partecipazione dei soggetti coinvolti nell'esercizio del potere, parte della dottrina, e con essa parte della giurisprudenza, sostengono che poiché attraverso il *substantial evidence test* e *l'arbitrary and capricious test* si tenta di effettuare un controllo sulla ragionevolezza della decisione, e quindi necessariamente si entra nel controllo sui fatti che hanno determinato la decisione, è in concreto preferibile un controllo solo procedurale dell'azione in quanto molto spesso le agenzie basano le proprie azioni su «elementi» che non sono nel comune patrimonio del sapere e pertanto il più delle volte l'accertamento dei fatti diviene il momento più critico non solo per l'agenzia ma anche per gli stessi giudici (61).

La ragione di ciò sta nel fatto che molto spesso, nonostante l'applicazione della esistente metodologia scientifica nel determinare i criteri in base ai quali un organo amministrativo agisce, non è possibile acquisire dei risultati certi sulla cui base assumere la decisione, come nell'ipotesi, ad esempio, dell'accertamento della pericolosità per un individuo di una determinata sostanza al fine di immetterla sul mercato. In teoria un simile accertamento è possibile da un punto di vista scientifico ma in concreto, però, le prolungate sperimentazioni a ciò necessarie, sono solitamente impossibili. A ben vedere la natura di questo tipo di questioni è più politica che giuridica (scientifica) in quanto il tentativo di bilanciare il rischio da un lato, e la necessità di decidere dall'altro rivestono un ruolo centrale nel processo decisionale dell'agenzia.

In proposito la Corte Suprema ha sostenuto «*Resolution of these fundamental policy issues lies... with Congress and the agencies to which Congress has delegated authoriy...». «[A] reviewing court must remember that commission is making prediction, within its area of special expertise, at the frontiers of science. When examining this kind of scientific determination, as apposed to simple findings of fact, a court must generally be at its most deferential*». Per queste ragioni la dottrina citata ritiene che i giudici, vista la loro naturale destinazione, devono limitarsi ad effettuare soltanto un controllo dell'operato delle agenzie sotto un profilo strettamente procedurale (62), in quanto e proprio attraverso il rispetto delle procedure che le agenzie, assicurano quel grado di trasparenza alla loro attività ritenuto necessario per giungere ad una «decisione razionale».

In senso contrario si sono mossi i sostenitori della «*hard look doctrine*» (63) i quali, muovendo dalle decisioni citate nei paragrafi precedenti, hanno individuato il nucleo centrale del sindacato del giudice non nel semplice controllo dell'operato delle agenzie sotto il profilo della legalità dell'azione, bensì nella verifica della sussistenza di una *hard look* da parte della stessa. *Hard look* che in un primo momento è stata intesa solo come verifica sotto il profilo «quantitativo» degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa per divenire poi espressione di un modello partecipativo dell'azione dell'amministrazione che trova la sua legittimazione proprio nella rappresentazione degli interessi ad essa afferenti.

In quest'ottica, pertanto, l'*adequate representation* degli interessi in gioco ed il cosiddetto *reasoned decisionmaking*, al quale si è fatto cenno in precedenza, assurgono a parametri sui quali fondare il riesame dell'azione dell'amministrazione ampliando, così, sensibilmente i confini della *judicial review* che assume sempre più le caratteristiche di una revisione sostanziale vera e propria la cui opportunità sarebbe ulteriormente confermata dal fatto che i controlli effettuati a livello «politico» non sono, come si è avuto modo di intuire dalle brevi osservazioni svolte all'inizio del presente lavoro, tali da assicurare che le agenzie assumano decisioni (politiche) opportune. In altri termini, poiché il Congresso spesso non circoscrive la discrezionalità delle agenzie attraverso la previsione di specifici criteri d'azione, la razionalità del processo decisionale delle agenzie, ed in particolare di quelle che agiscono in base ad una «*broad and vague delegation*», può essere garantita soltanto assoggettando le loro azioni ad una dettagliata revisione sostanziale ad opera delle Corti evitando, così, un inutile aggravio delle procedure che non comporterebbe altro che un maggior dispendio per le esigenze in termini di risorse e di tempo.

Alcuni autori, però, criticamente hanno rilevato che in realtà la *hard look doctrine* dà alle Corti un'impressione errata circa la precisione del processo decisionale delle agenzie e può portare a pericolosi rallentamenti nell'applicazione di scelte aventi vera e propria natura politica. Ad avviso degli stessi autori, inoltre, un accertamento così rigoroso sul merito in mancanza di criteri relativi al modo in cui tale controllo deve essere esercitato, presta il fianco a pericolose «invasioni» delle sfere riservate all'amministrazione da parte dei giudici i quali, certamente meno responsabili politicamente, ben potrebbero farsi influenzare dalle proprie opinioni personali relative alla politica che le agenzie dovrebbero seguire. E per questa via, quindi, la revisione sostanziale, fondata sulla necessità di assicurare la razionalità e la coerenza dell'agire amministrativo, ben

potrebbe essere trasformata sub rosa in un mezzo attraverso cui il potere giudiziario sostituisce le proprie scelte politiche a quelle dell'esecutivo (64), scelte che però, essendo evidentemente basate su criteri dissimili rispetto a quelli adottati dall'amministrazione, potrebbero giungere a risultati diversi (65).

7. A conclusione dell'analisi che si è svolta si possono trarre utili elementi di riflessione anche per la nostra esperienza giuridica.

Nel corso del lavoro si è messo in luce come, rispetto al tema della discrezionalità e del relativo controllo, un ruolo centrale è assunto dalle premesse di valore e di fatto che per un verso debbono indirizzarla, e per altro verso limitarla. Tali premesse debbono in primo luogo risultare dalla stessa disciplina legislativa attraverso la quale si attribuiscono poteri alle agenzie.

Questa circostanza indubbiamente avvicina l'ordinamento statunitense a quello italiano. Anche in quest'ultimo, infatti, in virtù dell'istituto della riserva di legge (66), nella sua forma relativa (67), si ritiene che l'esistenza di poteri discrezionali in capo all'amministrazione debba essere accompagnata dalla previsione di criteri direttivi sufficientemente precisi (68). In proposito si può ricordare come non soltanto la dottrina costituzionalista abbia con lucidità risolto la questione (69), ma anche la stessa Corte costituzionale, quanto meno a partire dalla famosa sentenza del 1962, si sia attestata su questa posizione.

Sebbene dunque vi sia tra i due ordinamenti la convergenza rilevata, va peraltro osservato che nell'ambito dell'esperienza statunitense si registra una posizione meno rigida nel senso che i criteri direttivi, per usare una terminologia a noi consueta, o le premesse fattuali e valoriali, per usare quella nordamericana, si ritiene possano essere desunti anche implicitamente dalle previsioni legislative.

La rilevata minore rigidità che presenta l'ordinamento statunitense non deve però far pensare ad una minore attenzione di questo nei confronti dei cittadini e delle loro libertà, non deve cioè far ritenere che alle agenzie sia attribuito uno spazio di libertà maggiore rispetto alla nostra amministrazione, sicché nell'ambito della dialettica autorità-libertà, per usare la formula del nostro illustre maestro (70), sia la prima a prevalere sulla seconda o, per meglio dire, siano le ragioni della prima ad essere considerate più importanti di quelle della seconda.

In realtà occorre considerare, come si è avuto modo di notare nel testo, che la previsione delle premesse di valore e di fatto non si esaurisce nel momento legislativo ma penetra in tutta la dinamica dell'agire amministrativo nel senso che esse vengono via via specificate dagli organi amministrativi (71). Se si ha presente questo è evidente come l'apparente minore rigidità, a livello di determinazioni del Congresso, dell'ordinamento statunitense nel fissare i criteri dell'agire discrezionale dell'amministrazione, che ha portato ad ammettere una delega di poteri estremamente elastica (72), si traforma se non in una maggiore rigidità quanto meno in una forma di limitazione pari a quella presente nel nostro ordinamento.

La prova di ciò è evidente ove si consideri che mentre nella nostra esperienza una volta che la legge abbia fissato dei limiti al potere discrezionale si è potuto affermare che la

discrezionalità rappresenta lo spazio dell'agire libero dell'amministrazione nel quale si valutano e ponderano gli interessi in gioco con una sostanziale postergazione del fatto rispetto all'interesse, quasi che quest'ultimo rappresenti una variabile dipendente del primo (73), nell'ordinamento statunitense la discrezionalità, pur costituendo un momento di libertà di scelta, si trova stretta tra il rispetto delle premesse di valore e di fatto, fissate non solo dall'organo legislativo ma dallo stesso organo amministrativo, e il fatto che è oggetto dell'esercizio del potere.

Insomma, la circostanza che vi sia un processo di progressiva specificazione delle premesse rappresenta non soltanto un limite assai forte all'esercizio della discrezionalità, ma anche una forma di garanzia per i cittadini che proprio grazie alla conoscenza degli elementi da cui l'organo amministrativo muove, e dalla loro successiva specificazione in relazione al livello in cui essi si imbattono, che normalmente è quello finale, traggono un quadro più chiaro per ipotizzare tanto la direzione in cui la scelta presumibilmente verrà condotta quanto per approntare forme di difesa o di reazione rispetto alla possibile decisione dell'organo amministrativo. Detto in altri termini, la specificazione delle premesse rappresenta dal versante dell'amministrazione una limitazione della sua attività, da quello del cittadino, invece, uno strumento attraverso cui poter intuire quella che sarà la decisione finale dell'organo amministrativo e di conseguenza poter approntare gli opportuni mezzi di difesa.

Questa prospettiva, a ben guardare, non è altro che un aspetto particolare della più generale cultura giuridica americana nella quale il valore del diritto risiede soprattutto nel fornire parametri per la predetta calcolabilità e prevedibilità degli effetti dell'azione umana (74) e, dunque, nel rappresentare la *condicio sine qua non* per lo svolgimento di quell'azione governata da un ben preciso principio di razionalità. A riprova di quanto appena detto si può ricordare come il diritto e l'economia non appaiano sotto il profilo scientifico come discipline nettamente separate, e come anzi sempre di più lo studio di alcuni istituti centrali del diritto civile, come ad esempio la responsabilità (75), non possa essere condotto prescindendo dall'utilizzazione di concetti tecniche e strumenti di analisi economica. Senza voler entrare nel merito di questioni che esulano dai limiti del presente lavoro, si può però notare, perché di estremo interesse per i cultori della scienza pubblicistica, la circostanza che la medesima cultura e la medesima sensibilità sia presente tanto nel diritto pubblico quanto nel diritto privato. Questa notazione è estremamente importante perché dimostra la possibilità di riguardare la fenomenologia giuridica in una prospettiva unitaria in cui le partizioni tra i vari rami del diritto hanno più un valore classificatorio di delimitazione dell'oggetto che metodico.

Ebbene proprio in un momento in cui, dopo la grande separazione tra diritto pubblico e privato, si sta cercando faticosamente di recuperare un principio di unità del diritto la riflessione che si è condotta può forse risultare di una qualche utilità.

Ritornando al tema trattato, l'impostazione di ricondurre la discrezionalità entro uno schema di premesse di valore e di fatto che muove dalla legge ma che viene poi specificata da ogni organo amministrativo che deve agire, non è sconosciuta alla dottrina italiana che già negli anni '60 aveva progressivamente spostato l'attenzione dallo schema organo-competenza-atto a quello di funzionario-agente-attività. E, come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, «nella organizzazione autonomica ogni ufficio agente

è, per così dire, titolare di un'attività ed è quindi anche titolare dell'indirizzo della sua attività. Si tratta naturalmente di una titolarità che implica una certa capacità di autodeterminazione in ordine al corso d'azione che deve essere seguito per l'esercizio delle competenza in via esclusiva», corso d'azione che risulta perciò indirizzato da quei giudizi empirici e di valore necessari per il perseguimento di un fine unitario.

L'agire del soggetto amministrativo diventa agire di funzionari mediato dall'ufficio secondo un ordine concettuale molto simile a quello americano in cui non si parla di organo che emana l'atto ma di funzionario che agisce.

Ed è proprio questo l'insegnamento che possiamo trarre dall'esperienza nordamerica. La determinazione delle premesse di valore e di fatto dell'azione dell'organo amministrativo rappresenta un momento fondamentale per incanalare la discrezionalità verso forme più penetranti di controllo.

In questa prospettiva sembra muoversi anche il legislatore della 241 che all'art. 12 ha previsto che «la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati» debbano essere «subordinate alla predeterminazione e alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni devono attenersi» (76).

Se si ha presente questo quadro si coglie anche l'importanza che nell'ordinamento statunitense viene riconosciuta alla fissazione di regole procedimentali.

Esse, infatti, non rappresentano un inutile complicazione dell'agire amministrativo (77) ma, al contrario consentono che ai fini della scelta, che è già orientata dalla progressiva specificazione delle premesse, sia possibile far esprimere su di una base di partenza certa i cittadini, sicché la garanzia della procedura si trasforma da un lato in garanzia di informazione sulle premesse e sul fatto che sarà deciso nelle premesse stesse, e dall'altro in garanzia di discussione che è insieme del fatto e delle premesse (78).

È evidente pertanto che la problematica degli interessi anche in questa prospettiva acquista una certa importanza. Però se è vero che l'interesse sta dietro all'instaurarsi della dialettica autorità libertà, ai fini del controllo, non è l'interesse che si pondera ma la ragionevolezza delle premese di valore e di fatto così come ricostruite dall'organo amministrativo e la sussunzione del fatto in quelle premesse (79).

E pertanto se il problema della discrezionalità è anche problema dell'espunzione della politicità, o meglio della neutralizzazione del potere politico da parte dell'ordinamento giuridico, è forse proprio in questa prospettiva che può essere inquadrato e risolto.

Infatti, pur rimanendo presente il valore dell'interesse, o meglio il problema della ponderazione degli interessi, esso viene proiettato in una prospettiva diversa. In altri termini il valore della ponderazione dell'interesse non deriva soltanto da una valutazione politica ma dalla razionalità che riescono a dimostrare le possibili soluzioni.

Non è un caso, pertanto, come è stato rilevato, che nell'analizzare il sistema nordamericano si ha «la sensazione di essere di fronte ad una amministrazione che fa giustizia nel procedimento prima che vi sia un processo». Essa in tanto rende giustizia in

quanto riflette una concezione giustiziale del potere che necessariamente determina una diversa idea dell'amministrazione; un'amministrazione in cui il pubblico funzionario «si comporta come se fosse un giudice, quindi fa giustizia prima di esercitare autorità», e fa giustizia proprio in quanto il suo potere discrezionale, che rappresenta la soluzione di una situazione problematica - per usare la terminologia di un nostro illustre autore (80) - costituita da fatti più o meno complessi, si trova di fronte al limite del rispetto degli standards non solo sostanziali ma anche procedurali (81).

A conclusione del discorso si può allora notare come l'ordinamento italiano tende, soprattutto dopo l'emanazione della legge 241 del 1990, a recepire motivi ed ispirazioni propri dell'ordinamento statunitense.

Naturalmente non bastano, come sempre accade, le sole innovazioni normative perché ad esse devono accompagnarsi anche profondi cambiamenti nella sensibilità e nell'azione degli stessi operatori giuridici; a questo proposito resta probabilmente molto da fare se, ad esempio, di fronte ad una legge come quella sul procedimento, che recepisce molti dei caratteri della procedura amministrativa statunitense, non sono mancate voci certamente minoritarie che l'hanno interpretata più come un vincolo che come un'opportunità. Certamente il fatto che la maggioranza della dottrina l'abbia apprezzata lascia ben sperare a condizione però che non ci si limiti ad un discorso generale sulla legge ma si cominci ad analizzare i singoli istituti in profondità con l'obiettivo di valorizzarne la potenzialità.

Note:

(*) Il presente saggio trae spunto da una relazione, resa al Seminario di studi organizzato dal Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche «Vittorio Bachelet» su «*La discrezionalità amministrativa: profili comparati*», Roma, 27 gennaio 1995, i cui atti sono in corso di pubblicazione nei «Documenti di ricerca» a cura del Centro.

(1) Per l'analisi delle differenti caratteristiche di tali sistemi cfr. David R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1980. Per quanto concerne più specificamente le differenze tra i sistemi amministrativi di civil law e di common law cfr. D'Alberti M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, dalla cui analisi peraltro si evince come tali differenze tendano ad attenuarsi. Si pensi, per fare un esempio, alla «scoperta» ed alla introduzione in Italia delle cosiddette amministrazioni indipendenti che hanno trovato origine proprio negli Stati Uniti. Per la più recente analisi comparata del fenomeno delle amministrazioni indipendenti si rinvia a Grasso G., *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quaderni regionali* n. 4, 1993, pp. 1303 ss., ove si trovano ulteriori indicazioni bibliografiche sul tema. L'esperienza guida rispetto al controllo della discrezionalità da parte del giudice è rappresentata, nell'ambito degli ordinamenti continentali, da quella tedesca. In questo paese, infatti, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra si è svolto un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema. In proposito è opportuno ricordare come una parte della dottrina, sia pure minoritaria, affermi che la scelta amministrativa, sia essa esercizio di discrezionalità pura o di discrezionalità tecnica, non possa essere sottratta al controllo giurisdizionale. Peraltro, quand'anche si riconosca, come fa la dottrina maggioritaria, uno spazio riservato

all'amministrazione, la discrezionalità è sempre assoggettata ad un penetrante controllo giudiziale. Per il dibattito svoltosi proprio a partire dal secondo dopoguerra si deve rinviare all'analitica ricostruzione di P. Lazzara, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale in Germania*, in questa *Rivista*, 2/96, pp. 301 ss. Per una ricostruzione globale della vicenda in chiave comparata cfr. D. De Pretis, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

(2) Sulla discrezionalità per la dottrina meno recente cfr. Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939 e Piras A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss. Per gli sviluppi più recenti cfr. Benvenuti L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986. Per un'analisi storica dell'affermarsi del concetto di potere discrezionale cfr. Azzariti G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; nonché D'Alberti M., *Mutamenti e destini del recours pour excés de pouvoir*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, pp. 283 ss. Per una compiuta analisi sistematica della centralità del concetto di potere nella ricostruzione dell'intero sistema del diritto amministrativo è d'obbligo il rinvio a Di Gaspare G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

(3) Per l'affermazione secondo cui il cuore del problema amministrativo sia nella dialettica tra autorità e libertà, o se si preferisce tra poteri e diritti, è d'obbligo il rinvio a Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, secondo il quale «Se usando delle sintesi verbali che sono proprie delle scienze filosofiche e sociologiche, conveniamo di chiamare «libertà» le situazioni soggettive attive e di vantaggio del privato (...) possiamo anche dire che l'esercizio dell'autorità riduce necessariamente le libertà, e che riducendo l'autorità la libertà si riespande nelle aree che aveva perduto. Si può dunque esser d'accordo con i sociologi allorché essi individuano, nell'autorità e nella libertà, due momenti di un processo dialettico continuo» (p. 229).

(4) Sul punto cfr. Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, cit., il quale ricorda come inizialmente il controllo del giudice si arrestasse di fronte alle dichiarazioni esternate dalla pubblica amministrazione attraverso la motivazione senza poter penetrare il fatto nella sua reale consistenza. «Nel corso della fase della motivazione sufficiente la giurisprudenza aveva introdotto una regola, secondo cui l'esposizione in motivazione di un motivo e della relativa ponderazione rendeva sindacabile in sede giurisdizionale il motivo stesso. Si diceva che se anche la motivazione in ordine a quel motivo non era necessaria (caso, p. es., di un motivo secondario), l'averla dedotta ampliava l'ambito del sindacato giurisdizionale». In tal senso cfr. anche Romano Tassone A., *Motivazione di provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, in particolare pp. 160 ss. Non è un caso pertanto che man mano che l'attenzione si sposta sul controllo del fatto si assiste ad una dequotazione della motivazione. Sul punto cfr., per tutti, Giannini M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 257 ss.

(5) In questo senso i contributi fondamentali si devono a Benvenuti F. (*Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1; *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1952, pp. 118 ss.) il quale sposta, con decisione, il nucleo dell'azione amministrativa dall'atto al fare l'atto attraverso l'enucleazione del concetto di funzione intesa quale momento di passaggio dal potere astratto al potere attualizzato; nonché agli studiosi che a questa impostazione si sono rifatti, per i quali cfr. soprattutto Berti G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

(6) Sul punto cfr. soprattutto Ledda F. (*Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Atti del convegno di Messina 15-16 aprile 1988, Milano, 1993, pp. 91 ss.) per il quale identificandosi la legittimità dell'azione amministrativa con la ragionevolezza, al controllo del giudice non può sfuggire l'analisi dei fatti e dello stesso valore attribuito agli interessi che proprio da questi fatti può ricevere o meno conferma. In un ordine concettuale simile si collocano Cardi E., Cognetti S., *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in Digesto IV ed., *Discipline pubblicistiche*, pp. 341 ss.
(7) Non c'è forse modo migliore per esprimere questo concetto se non attraverso il riferimento alle pagine di Satta F. (*Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969) il quale, proprio con riferimento al procedimento amministrativo ed ai diversi approcci presenti nell'esperienza continentale (quella austriaca) ed in quella nordamericana, ha sostenuto che mentre «in Austria, la realtà è la presenza dello Stato, alla cui azione si apportano dei limiti, frutto di considerazioni di teoria generale, in America la realtà è l'assenza dello Stato, il cui apparire viene quindi disciplinato, in maniera da garantire e tutelare tutti coloro nei cui confronti deve operare» (p. 122).
(8) In tal senso cfr. Fois S., *La riserva di legge*, Milano, 1963; Bachelet V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, Milano, 1964; Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975.
(9) Si tocca, in questo caso, quel nucleo di politicità che è intrinseco al concetto stesso di discrezionalità in virtù del quale il problema del controllo viene inserito dalla dottrina nel più vasto problema della neutralizzazione del potere politico da parte dell'ordinamento giuridico. In tal senso cfr. Di Gaspare G., *Il potere nel diritto pubblico*, cit.
(10) Sul punto la bibliografia è sterminata, ci si limita quindi a rinviare, per un'esauriente messa a punto della questione, al recente volume di Picozza E., *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988.
(11) In tal senso cfr. Bull D., *The Discretion Movement in Britain: Fact or Phanthom*, in *New Society*, Settembre, 1977; il quale, sia pure limitatamente all'esperienza britannica, nell'analizzare il fenomeno della discrezionalità nella previdenza sociale, distingue da un lato il giudizio, nel quale viene richiesta la semplice interpretazione delle norme, e dall'altro la discrezionalità, in cui le norme assegnano a specifici funzionari, in situazioni particolari, la responsabilità di prendere le decisioni nel modo che essi ritengono più adatto. Nel prosieguo del suo lavoro Bull distingue fra la discrezionalità esercitata da un'organizzazione che fornisce interpretazione della legge (discrezionalità dell'agenzia) e quella che viene esercitata dal singolo funzionario (discrezionalità del funzionario) nel cui ambito si possono individuare attività di interpretazione di norme rigide, di decisione nei casi in cui si ritiene inopportuna l'esistenza di simili norme e di decisione relativamente a quei casi in cui il funzionario utilizza la propria libertà per allontanarsi, in circostanze particolari, da tali norme. L'Autore, la cui opera ha avuto una certa eco tra gli studiosi d'oltreoceano, individua una natura discrezionale soltanto nella terza categoria sopra indicata, consistendo le altre due in veri e propri giudizi.
(12) In proposito si è osservato, infatti, che il fenomeno della discrezionalità diventa di fondamentale importanza nel contesto della complessità delle mansioni e della delega di responsabilità. In questo contesto pertanto la discrezionalità viene analizzata in quanto fenomeno di relazione tra individui. In generale cfr. Simon H.A., *Il comportamento amministrativo*, Bologna (ed. it.), 1967. Tra gli autori che si sono interessati della

complessità delle organizzazioni cfr. Gouldner A.W., *Modelli di burocrazia aziendale*, Milano, Etas Kompass (ed. orig. *Patterns of Industrial Bureaucracy*, Glencoe, III, Free Press 1954), 1970; Dunsire A., *Control in Bureaucracy*, Oxford, Martin Robertson, 1978 - il quale significativamente qualifica le attività organizzative in termini di programmi all'interno di programmi.

(13) Davis K.C., *Discretionary Justice*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 4, il pubblico funzionario «ha la discrezionalità ogni volta che i limiti effettivi del suo potere lo lasciano libero di effettuare una scelta tra possibili alternative di azione e non azione». Questo concetto di discrezionalità è stato ripreso, limitatamente all'esperienza inglese, da Jowell W., *The Legal Control of Administrative Discretion*, in *Public Law,* 1973 il quale la definisce in termini de «lo spazio di manovra a disposizione dei decisori» (p. 179).

(14) Sul punto cfr. Stewart R.B., *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, v. 88 (1975), pp. 1667 ss.

(15) Questi due diversi approcci sono comuni anche alla nostra esperienza, però mentre da noi l'idea della comparazione degli interessi in gioco nasce già con l'opera di Giannini alla fine degli anni trenta, e la dimensione organizzativa della discrezionalità viene enucleata e ricostruita sistematicamente soltanto più tardi attraverso gli studi condotti da Marongiu G. (*L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965) e da Berti G. (*La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.), nel sistema statunitense l'idea della comparazione degli interessi in gioco è stata teorizzata soltanto di recente. Per una chiara ricostruzione delle evoluzioni del diritto amministrativo americano cfr. D'Alberti M., *Il diritto amministrativo comparato*, cit.

(16) Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., «Il potere discrezionale amministrativo ci sembra possa dirsi *il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare*» (il corsivo è dell'autore) (p. 52). «Dire che la discrezionalità consiste in una scelta non spiega che una parte della vicenda... la scelta dell'autorità amministrativa spazia in un ambito circoscritto di norme; quando l'amministrazione agisce deve cercare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza: dev'essere la più opportuna in ordine al pubblico interesse del caso concreto... la scelta dell'autorità dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione di quell'interesse... La scelta è il risultato della discrezionalità, questa consta di una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine all'interesse primario» (Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, cit., II, pp. 50 ss.).

(17) Il processo attraverso il quale avviene la scelta viene considerato come «un processo di derivazione di conclusioni da certe premesse. Pertanto è la «premessa» (e numerose sono le premesse che confluiscono in ciascuna decisione) piuttosto che l'intera decisione che serve quale minima unità di analisi» (Simon H.A., *op. cit.*, p. 8). Posto infatti che «quasi nessuna decisione presa in un'organizzazione è compito di un solo individuo» (poiché «Anche quando la responsabilità ultima dell'adozione di un determinato corso di azione viene attribuita ad un solo individuo, troveremo sempre, studiando il modo attraverso il quale la decisione è stata raggiunta, che le componenti di essa vanno rintracciate lungo canali formali e non formali di comunicazione facenti capo a più persone che hanno così contribuito a formare le premesse. Quando queste componenti siano state identificate, apparirà chiaro come il contributo dell'individuo che prende la decisione nel suo aspetto

formale è certamente minimo») è subito evidente l'importanza, ai fini del controllo della razionalità delle decisioni assunte, delle varie premesse su cui si basano le decisioni stesse.
(18) La dottrina ha individuato tre elementi della decisione: l'accertamento dei fatti; la individuazione degli standards; e l'applicazione di detti standards ai fatti. In quest'ottica è evidente che la discrezionalità afferisce principalmente al secondo punto.
(19) In questo senso Galligan D.J., *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
(20) In proposito va rilevato, comunque, che la fissazione degli standards, non esclude in alcun modo la discrezionalità dell'organo amministrativo, questo perché, a prescindere dalla precisione con cui detto standard può essere individuato, vi sarà sempre un certo spazio (per l'«interpretazione») lasciato alla discrezionalità dell'organo amministrativo. In tal senso la previsione degli standards acquista un ruolo di estremo rilievo ai fini del controllo dell'esercizio della discrezionalità, servendo appunto come parametro per la valutazione della legittimità e soprattutto della coerenza e razionalità dell'azione delle agenzie. In proposito illuminanti sono le pagine di Simon (*op. cit.*), il quale nella sua limpida analisi del comportamento amministrativo osserva «come ogni decisione si componga di due elementi di diversa natura, chiamati rispettivamente elementi “di fatto” ed elementi “di valore”». Ora, «dato un sistema completo di tali premesse, sia di valore che di fatto, esiste una sola decisione che può logicamente e propriamente essere razionale. (...) Il comportamento di una persona razionale può essere controllato se le premesse di valore e di fatto sulle quali regge la decisione che sta per prendere sono state da essa «specificate». Questo controllo può essere completo o parziale, in quanto tutte le premesse possono essere state specificate ovvero alcune essere lasciate alla sua decisione. L'influenza, dunque, viene esercitata attraverso il controllo delle premesse decisionali (...). La portata dell'autorità, e di converso quella della discrezionalità, sono determinate dal numero e dalla importanza di quelle non specificate». È interessante osservare inoltre che secondo Simon «la discrezionalità su premesse di valore ha una posizione logica diversa dalla discrezionalità su premesse di fatto. Queste ultime possono sempre essere giudicate «giuste» o «sbagliate» per via obiettiva ed empirica. Per quanto riguarda le prime, i due termini «giusto» e «sbagliato» non sono applicabili. Di conseguenza, se alla discrezione di un subalterno lasciamo solo premesse di fatto, vi è una ed una sola decisione corretta che egli possa prendere, in determinate circostanze. Se d'altra parte, invece, al subordinato ed alla di lui discrezione vengono lasciate premesse di valore, la «correttezza» della decisione che egli adotterà dipenderà essenzialmente dalla scelta che egli avrà fatto delle premesse di valore, e per questa decisione non è applicabile il criterio del giusto e dell'errato». In relazione al tema trattato, per la dottrina italiana, interessanti spunti vengono offerti da Nicosia F.M., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, in particolare pp. 99-100. L'autore, a proposito della distinzione tra vincolatezza e discrezionalità, osserva: «Si ha... discrezionalità allorché la norma, muovendo dalla constatazione, in non pochi casi, dell'impossibilità di tale aprioristica operazione, abbia affidato a un soggetto sottordinato (il giudice, l'amministrazione) il compito di individuare, sulla base di circostanze, atte a determinare o a condizionare le scelte da effettuare di volta in volta (*eventi*), la disciplina, non preventivamente scritta, del caso singolo».
(21) In proposito per la dottrina amministrativistica statunitense ed inglese cfr. rispettivamente Davis K.C., *op. cit.* e Jowell J., *op. cit.*; per quella italiana cfr. le illuminanti

pagine di Marongiu G., *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Cedam, 1989, in particolare pp. 155-168.
(22) In proposito la dottrina ha individuato tre tipi di *standardless delegations*. Il primo tipo è relativo a quei casi in cui il legislatore non si è affatto preoccupato di prevedere degli standards contenenti delle indicazioni relative ai casi ed ai modi in cui l'agenzia poteva operare, come ad esempio nel caso dell'*Economic Price Stabilization Act* del 1970. Il secondo ed il terzo tipo ricomprendono quelle ipotesi in cui gli standards previsti dal legislatore hanno una portata talmente ampia da essere soggetti ad interpretazioni estremamente elastiche (come nel caso della *Federal Communications Commission*, autorizzata *ex lege* a disciplinare le trasmissioni di radio segnali a tutela del «*public interest, convenience and necessity*», proprio grazie all'ampiezza degli standards previsti dal legislatore ha disciplinato anche l'attività di operatori di stazioni televisive, di network televisivi e di televisioni via cavo, nonostante lo svolgimento di queste due ultime attività non abbia nulla a che vedere con la trasmissione di radio segnali) oppure siano così inconsistenti da giustificare qualsiasi azione dell'agenzia, come ad esempio nel caso dell'*Emergency Petroleum Allocation Act*.
(23) In questo periodo, infatti, il controllo sugli atti discrezionali era essenzialmente precluso, eccezion fatta per i diritti di proprietà e di impresa, in quanto l'*expertise* dell'amministrazione era considerata come un elemento a garanzia della ragionevolezza della decisione, nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico.
(24) In questo senso v. più diffusamente United States v. Chicago M., ST., P & P.R.R., 282 U.S. 311, 324, 1931, nella quale viene ribadito che «Congress cannot delegate any part of its legislative powers except under the limitation of a prescribed standards».
(25) Questo orientamento della giurisprudenza trova il suo precedente nel caso Panama Refining Co. v. Ryan [29 U.S. 388 (1935)] nel quale il giudice Cardozo nella sua dissenting opinion aveva sostenuto che la legge - nella specie la questione riguardava la legittimità costituzionale di una disposizione del National Industrial Recovery Act (NIRA) che autorizzava il Presidente to «prohibit... the transportation in interstate... commerce of petroleum... produced or withdrawn from storage in excess of the amount permitted ... by state law...» - conteneva comunque la indicazione di alcuni standards che limitavano la discrezionalità del Presidente. Infatti, sempre ad avviso del giudice Cardozo, la prima sezione del NIRA conteneva l'indicazione di diversi fini quali, ad esempio, la eliminazione della concorrenza sleale e la conservazione delle risorse naturali, che ben potevano essere considerati quali limiti della discrezionalità.
(26) Non è un caso, infatti, che proprio in questo periodo fu avvertita l'esigenza di una disciplina puntuale del procedimento amministrativo consacrata nell'American Administrative Procedure Act del 1946 volto, appunto, a «migliorare l'amministrazione della giustizia prescrivendo un giusto procedimento amministrativo». In generale sul tema cfr. Davis K.C., Gellhorn W., *Present at the creation: Regulatory Reform Before 1946*, 38 Ad. L. Rev., 507, 1986; AA.VV., *The Administrative Procedure Act, A Fortieth Anniversary Symposium*, 72 Va. L. Rev. 215, 1986.
(27) 337 F. Supp. 737, (D.D.C. 1971).
(28) 488 U.S., 361, 1989.
(29) In proposito si sostiene che il potere di legiferare, se delegato, differisce comunque da quello del Congresso nel senso che ogni potere delegato è necessariamente un potere subordinato e pertanto intrinsecamente limitato. In questo senso cfr. Duglas, *We the Judges*, 164, 1956.

(30) In proposito cfr. diffusamente Lawson G., *The rise of the administrative State*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 107, 1994, pp. 1231 ss. il quale in generale osserva «The United States Congress today effectively exercises general legislative powers, in contravention of the constitutional principle of limited powers. Moreover, Congress frequently delegates that general legislative authorithy to administrativee agencies, in contravention of article I. Furthermore, those agencies are not always subject to the direct control of the President, in contravention of Article II. In addition, those agencies sometimes exercise the judicial power, in contravention of Article III. Finally those agencies typically concentrate legislative, executive, and judicial functions in some institution, in simultaneous contravention of Articles I, II and III. In short, the modern administrative state openly flouts almost every important structural precepts of the American constitutional order» (p. 1233).
(31) Davis K.C., *Discretionary Justice*, Louisiana, 1969; Administrative Law Text, St Paul, 1972.
(32) In proposito è forse opportuno ricordare che la disciplina costituzionale dispone che «all legislative powers shall be vested in a Congress of the United States», e che corollario di questo principio è quello che va sotto il nome di *non delegation clause* secondo cui il Congresso non può delegare il proprio potere ad un'altra autorità, se non entro limiti ben precisi.
(33) Questo principio, che nel corso degli anni ha acquistato un'importanza sempre maggiore, implica «... such an exercise of the powers of the government as the settled maxims of law permit and sanction, and under such safeguards for the protection of individual rights as those maxims prescribe for the class of cases to which one question belongs... Due process of law implies the right of the person affected thereby to be present before the tribunal which pronounces judgment upon the question of life, liberty or property, in its most comprehensive sense; to be heard, by testimony or otherwise, and to have the right of controverting, by proof, every material fact which bears on the question of right in the matter involved...» (*West's law & commercial dictionary in five languages*, Torino, 1990). In questo senso, appunto, la regola del due process è stata definita da alcuni autori essenzialmente in termini di «a requirement of notice and hearings» (Douglas J., *Concurring in Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. Mc Grath*, 341 U.S. 123, 178, 1951). Per una ricostruzione dei significati attribuiti dalla dottrina alla regola del *due process* cfr. Comba M., *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Diritto e società*, 1992, pp. 268 ss.
(34) Questa dottrina trova uno dei suoi massimi esponenti in Tribe, *Structural Due Process*, in *Harvard civil Rights and civil liberties, Law Rev*, 1975, p. 269. L'autore individua la fonte della legittimazione dell'attività amministrativa nella sola *due process clause* e non più nella delega di funzioni da parte del legislatore, per l'evidente impossibilità di applicare la figura privatistica del mandato all'ormai amplissima gamma di attività della Pubblica Amministrazione. Per un'analisi più approfondita si rinvia a Comba M., *op. cit.*, p. 273.
(35) *Historic Green Springs v. Bengland*, 497, F. Supp. 839, (ED Va. 1980) con nota di Davis 1982 Supplement, pp. 188-9. È ovvio però che anche il limite costituzionale del *due process* va definito nella sua portata avendo ben presente la natura del processo amministrativo. Uno dei due casi più importanti che definiscono la portata del due process è il caso FTC v. Cement Institute (333, U.S. 683, 1948; Ash Grove Cement Co. v. Fc., 577 F. 2d, 1368, 1377 (9th. cir. 1978) (FTC Report on legality of industry practices)).
(36) Per una ricostruzione del sistema di giustizia amministrativa negli Stati Uniti cfr. Ferrari G.F., *La giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto*, IV ed., pp. 606-610; Wade W.,

Ragnemalm H., Strauss P.L., *Administrative law the problem of justice*, ed. by A. Piras, coordinated by G. Motzo, Milano, 1991.
(37) È opportuno precisare che la suddivisione tra revisione sostanziale e revisione degli aspetti procedurali dell'azione dell'agenzia è soltanto esemplificativa in quanto in concreto le corti finiscono per confondere i due aspetti.
(38) Per un chiaro quadro delle evoluzioni intercorse v. De Smith S.A., Evans J.M., *Judicial Review of Administrative Action*, London, 4ª ed., 1980; Jaffe L., Henderson E., *Judicial Review and the rule of law*, 1956, 72 LQR, 345.
(39) Wade H.W.R., *Administrative Law*, Oxford U.P., 4ª ed., 1977, p. 17 il quale descrive questa pratica in termini di una «notable virtue».
(40) L'art. III della Costituzione riconosce la giurisdizione della Corte Suprema sui «cases arising under this Constitution, the Laws of the United States and Treaties» però con «such exceptions and under such regulations as the Congress shall make».
(41) Sebbene la mancanza di un tale diritto sembri non essere in contrasto con il principio della separazione dei poteri, parte della dottrina ha rilevato che a ben vedere proprio in base a questo principio non è corretto riconoscere in capo al Congresso il diritto (assoluto) di negare alle Corti il potere di sindacare dette azioni. Strauss P., *The place of Agencies in Government: separation of powers and the Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573, 1984.
(42) La presunzione di sindacabilità da parte dei giudici delle azioni delle agenzie è desumibile anche da altre norme dell'APA quali ad esempio il § 703 ed il § 704, nei quali si legge rispettivamente: «In the absence or inadequacy of statutory review provisions, the form of proceedings for judicial review is any applicable form of legal action, including actions for declaratory judgments or writs of prohibitory or mandatory injunction or habeas corpus in a court competent jurisdiction (...). All agency action made reviewable by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in a court are subject to judicial review...».
(43) Altri problemi sono sorti in relazione alla interpretazione del § 701 quali ad esempio la questione concernente l'ampiezza della legittimazione processuale. Si veda in generale Cane P., *The Function of Standing Rules in Administrative Law*, 1980, PL, 303; Scott K., *Standing in the Supreme Court - A Functional Analysis*, 86 Harv. L. Rev., 68, 1984. Il leading case sul tema e Association Data Processing Service Organisations, Inc. v. Camp (397 U.S. 150, 1970) nel quale la Corte Suprema ha messo a punto un test suddiviso in due parti volte ad accertare rispettivamente «whether the plaintiff alleges that the challenged action has caused him injury in fact, economic or otherwise» e «whether the interest sought to be protected by the complainant is arguably within the «zone of interest» to be protected or regulated by the statute or constitutional guarantee in question».
(44) The leading case sul tema è *Abbott Laboratories v. Gardner* 387 U.S. 136, 1967.
(45) Si pensi ad esempio al § 706 nel quale autorizza la sindacabilità dell'agenzia in quei casi in cui si riscontri un «abuse of discretion».
(46) *Citizen to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 1971.
(47) Si veda ad esempio, *Curran v. Laird*, 420 F. 2d 122 (D.C. Cir. 1969); *Langevin v. Chenango Court*, Inc., 447 F.2d 296 (2d Cir. 1971); Heckler v. Chaney, 105 S. Ct. 1649, 1985.
(48) Statement of court as to law applicable on basis of facts found by jury. The final judgment or decree required on basis of facts founds or verdict (*West's law & commercial dictionary...* cit.).

(49) Determinations from the evidence of a case, either by court or an administrative agency concerning fact affermed by one party and denied by another (*West's law & commercial dictionary ...*, cit.).
(50) *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defence Council Ind.*, 467 U.S. 837, 104 S.cT. 2778, 81 L.Ed.2d. 694, 1984 nel quale furono poste le basi per l'analisi del controllo dell'interpretazione delle norme. In sentenza la Corte Suprema ha sostenuto che «When a court reviews an agency construction of the statutes it administer, it is confronted with two questions. First always, is the question of whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If however, the Court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the Court is wheter the agency's answer is based on a permissible construction of the statute». In relazione al caso Chevron cfr. Crawford Q.M., *Chevron Deference to Agency Interpretations that Delimit the Scope of the Agency's Jurisdiction*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 61, n. 3, 1994, pp. 957 ss.
(51) In tal senso cfr. Byse C., *Judicial Review of Administrative Interpretation of Statuts: An Analysis of Chevron's Step Two*, in *Administrative Law Journal*, v. 2 (1988), pp. 255.
(52) Sul punto cfr. per tutti Sustein C.R., *Costitutionalism after the New Deal*, in *Harvard Law Review*, v. 101 (1987), pp. 465 ss.; Breyer S.G., *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, in *Administrative Law Review*, v. 38 (1986), pp. 372 ss.
(53) Si intravede, così, un'idea di legittimazione dell'amministrazione, e più in generale del diritto che passa attraverso la procedura del confronto mirato al raggiungimento del consenso, che nella prospettiva continentale, sul piano della teoria generale, è sostenuta da illustri autori quali Habermas.
(54) Sul tema dell'interpretazione della legge negli Stati Uniti cfr. Vetri D., *La morte del common law*, (trad. it. a cura di R. Delfino), in *Politica e diritto*, vol. XXV, n. 3, 1994, pp. 495 ss. L'Autore osserva che «Negli Stati Uniti l'aumentare delle leggi, sia per numero che per importanza, soprattutto in aree tradizionali del common law, ha serie conseguenze sul procedimento interpretativo. Come ci si può aspettare, le Corti americane hanno avuto, per tradizione, molto rispetto per le leggi (...). È opportuno ricordare che, sia i criteri utilizzati dalle Corti americane nell'interpretare la legge, che le regole di common law sull'interpretazione sono stati elaborati nell'era prelegislativa, per essere applicati soprattutto a leggi speciali concernenti problemi particolari. Tali criteri e regole sono stati elaborati quando le assemblee legislative non avevano ancora fatto incursioni gravi e profonde nei domini del common law».
(55) È forse opportuno precisare che l'Administrative Law Judge non è riconducibile all'apparato giurisdizionale, essendo il sistema statunitense come è noto un sistema a giurisdizione unica, ma allo stesso esecutivo. L'ALJ hearing officer prima dell'emanazione del Federal Administrative Procedue Act, fa parte della stessa amministrazione dalla quale viene norminato secondo i criteri stabiliti dalla FAPA. Su questa figura cfr. più diffusamente Ferrari G.F., *op. cit.*, in particolare pp. 607-608.
(56) *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* 463 U.S., 29 (1983).

(57) In tal senso cfr. *Narder v. Bork*, 366 F. Supp. 104 (D. D.C. 1973) e *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).
(58) Cfr. *Atchison, T. & S.F. Ry. v. Wichita Bd. of Trade*, 412 U.S. 800 (1973); *Contractors Transp. Corp. v. United States*, 537 F.2 d 1160 (4th Cir. 1976).
(59) Cfr. *United States v. Stauffer Chem. Co.*, 464 U.S. 165 (1984); *United States v. Mendoza*, 464 U.S. 154 (1984).
(60) Cfr. *Jacob Siegel Co. v. FTC*, 327 U.S. 608 (1946); *NLRB v. E & B Brewing Co.*, 276 F.2d 594 (6th Cir. 1960), cert. denied, 366 U.S. 908 (1961).
(61) In proposito la dottrina e la giurisprudenza hanno rilevato che la previsione di specifiche garanzie procedurali può essere d'ausilio nel far sì che l'organo amministrativo agisca contro i «confini sostanziali» imposti, più o meno esplicitamente, alla sua autorità. Gli standards sostanziali contenuti nelle leggi di delega infatti sono spesso molto ampi, si consideri ad esempio il caso del NLRB (National Labor Relations Board) che può agire solo nell'ipotesi in cui si sia in presenza di una «*unfair practice*»; o per l'EPA che deve individuare i livelli di inquinamento dell'acqua tali «da rendere i fiumi ed i laghi *fishable and swimable*». Pertanto affiancare requisiti procedurali a questi standards, necessariamente generici, che riguardano l'aspetto sostanziale dell'azione delle agenzie, significa grantire che le agenzie limitino le proprie azioni entro i confini stabiliti dal legislatore. Infatti in proposito la dottrina ha osservato che le Corti in concreto hanno un potere alquanto limitato per imporre all'agenzia il rispetto degli stantards sostanziali, a meno che l'agenzia stessa non sia tenuta a rispettare delle procedure che in concreto costituiscono un modello sulla cui base poterne rivedere l'azione. È stato rilevato, inoltre, che le garanzie procedurali possono aumentare le probabilità che un'agenzia adotti la soluzione migliore (in termini di efficacia) in relazione al caso concreto. Infatti, se ai soggetti potenzialmente coinvolti dall'azione delle agenzie viene riconosciuta la possibilità di prendere parte in maniera significativa al processo decisionale delle stesse, vi saranno minori possibilità che esse basino la propria azione su una sommaria ricostruzione del fatto o su una analisi incompleta del problema e delle sue possibili soluzioni. Così intesa ogni garanzia procedurale imposta ad un'agenzia aumenta il grado di «correttezza» del processo decisionale dell'agenzia stessa. È chiaro, però, che la procedimentalizzazione dell'azione delle agenzie non va intesa in senso rigidamente formale altrimenti si andrebbe incontro soltanto al rischio di pregiudicare in maniera significativa la rapidità del processo decisionale, aumentando notevolmente il costo, in termini di risorse, della decisione. È stato rilevato in proposito che in generale, onde evitare che ciò accada, è compito della stessa agenzia bilanciare da un lato l'*accuray, expedition and conservation of decision*» con la scelta delle procedure appropriate da applicare al fine di giungere ad una determinata decisione. Vorrei riportare, per completezza, altre tre argomentazioni addotte dagli operatori del diritto in favore delle garanzie procedurali. Si è osservato che esse accrescono la «credibilità politica e pubblica» delle agenzie. Inoltre le disposizioni procedurali poste a garanzia di quella che noi chiamiamo trasparenza dell'azione amministrativa riducono il rischio che detta azione venga utilizzata come veicolo di «patronato o di punizione». Infine, le garanzie procedurali fanno sì che la collettività accetti più di buon grado le decisioni del Governo.
(62) M. Shapiro, *Administrative Discretion: The Next Stage*, 92 Yale L. J. 1487, 1507, 1983; B. Ackerman, *Reconstructuring American Law*, Harvard, 1984; Jaffe L., *Judicial Control of Administrative Action*, Oxford 1966.

(63) Sul tema cfr. Perce R.J. jr.- Shapiro S.A., Verkuil P.R., *Administrative Law and Process*, Westbury, The Foundation Press, inc., 1992, in particolare pp. 359-365. Per un'accurata ricostruzione del tema, sia dal punto di vista giurisprudenziale sia a quello dottrinale si rinvia per tutti a Lombardo G., *Il controllo giudiziale sull'azione amministrativa negli Stati Uniti; considerazioni sulla «Hard Look Doctrine»*, in *Dir. amm.* 1994, n. 4, pp. 543 ss.
(64) In proposito, infatti, va rilevato che la discrezionalità non è una caratteristica propria soltanto dell'agire amministrativo. Infatti, ove vi sia l'attribuzione ad un soggetto (sia esso un pubblico ufficiale, un privato cittadino o un singolo giudice) del potere di «pronunciarsi» su una specifica questione si ha l'esercizio di un potere discrezionale. In questo senso pertanto, ciò che rileva per quanto riguarda le decisioni che toccano interessi più generali, che in qualche modo valicano i «limitati» confini dell'interesse del privato direttamente coinvolto nell'esercizio del potere, è assicurare un certo grado di rappresentatività della decisione, anche se soltanto indirettamente attraverso la garanzia di una certa responsabilità «politica» dell'organo decidente. In una recente analisi sulle idee politiche della magistratura in conclusione si afferma che i giudici sono interessati a preservare e a proteggere l'ordine esistente. Ciò non significa che nessun giudice è capace di muoversi con i tempi, di adeguarsi alle mutate circostanze. «Legge e ordine, la distribuzione consolidata di potere fra pubblico e privato, la tradizionale ed accettata opinione tra quelli che esercitano il potere politico ed economico, i timori ed i pregiudizi della classe media e alta: queste sono le forze che ci si aspetta che i giudici sorreggano e, di fatto, sorreggono (Griffith J.A.G., *Giudici e politica in Inghilterra*, Milano, Feltrinelli, 1980). Quindi un approccio allo studio della discrezionalità che cerca di neutralizzare il comportamento discrezionale dei funzionari con norme di legge, finisce per incontrare un altro gruppo di attori discrezionali, i giudici», Ham C.-Hill M., *Introduzione all'analisi delle politiche pubbliche*, Il Mulino, 1986, pp. 186-187. Il problema del ruolo politico del potere giudiziario era stato identificato anche da Davis K.C., *Discretionary Justice*, cit., in particolare p. 215.
(65) In tal senso cfr. Barak A., *La discrezionalità del giudice*, (trad. it.), Giuffrè, 1995, il quale nell'operare un confronto tra la politica del potere giudiziario nell'esercizio della propria discrezionalità e quella del potere esecutivo e legislativo rileva che «le linee politiche formulate dal potere legislativo ed esecutivo, differiscono da quelle del potere giudiziario; tutti e tre i poteri debbono formulare una politica che contemperi elementi normativi, istituzionali ed interistituzionali, anche se l'importanza attribuita a ciascuno di essi, oltre che al loro contenuto, è diversa da un potere all'altro. Per esempio tutte e tre debbono prendere in considerazione i limiti istituzionali, seppur questi varino da un'istituzione all'altra. I limiti cui è soggetto il potere giudiziario, quindi, non sono certo identici a quelli cui sono sottoposti gli altri rami, questo, infatti, deve operare nell'ambito dei valori condivisi dalla società, mentre il legislatore, dal canto suo, - soprattutto quando non si trova limitato da una Costituzione - può immettere nell'ordinamento nuovi valori contrari al consenso sociale, anche se saranno indubbiamente rari i casi in cui ciò accadrà. Lo stesso vale per il potere esecutivo. In realtà, è la natura delle considerazioni invocate da questi ultimi nell'attuare le scelte a far sì che il loro processo decisionale differisca da quello del potere giudiziario; in effetti, la natura del potere determina il tipo di considerazioni in gioco, che sono diverse per i tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario nella formulazione della loro discrezionalità. I tre poteri dello Stato esercitano tutti la discrezionalità, basandosi su criteri dissimili, che li portano a risultati diversi. Tutti e tre percorrono, per così dire, la via della legislazione, su veicoli differenti...».

(66) Sul tema della riserva di legge cfr. Fois S., *La riserva di legge*, cit., il quale osserva «che nel nostro ordinamento la *ratio* della riserva è da individuare essenzialmente in stretta connessione con la procedura ed il regime («trattamento») tipici della legge ... si deve dunque negare che la riserva sia istituto specificamente e direttamente volto ad assicurare una forma di garanzia individuale; esso invece si rivela intimamente finalizzato a limitare il potere della maggioranza legislativa, e ad assicurare contro di questa una migliore tutela obiettiva nella Costituzione» (p. 303).
(67) In relazione al rapporto tra riserva di legge relativa e principio di legalità cfr. Bachelet V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, cit., L'Autore in particolare osserva che... «la crisi dell'istituto della riserva di legge nasce con l'affermazione in via generale del principio di legalità dell'azione amministrativa. Con esso, in definitiva, tutta l'attività pubblica è coperta dalla «riserva»: la pubblica amministrazione, infatti, non può svolgere che l'attività che leggi o fonti equiparate le attribuiscono, secondo modalità, procedimenti, forme, ripartizioni di competenze che tali norme predeterminano. Non a caso si viene ad affrontare che vi è zona riservata tutte le volte che una legge disciplini fra i vari tipi di riserve, obbligatorie e trasmissibili e più sistematicamente fra una riserva vera e propria o assoluta e altri tipi di riserva, impropria o relativa: o per dirla in altri termini recentemente ripresi, fra una riserva di legge ed una riserva della legge» (pp. 909-910). L'autore evidenzia, inoltre, una sostanziale coincidenza tra riserva di legge relativa e principio di legalità, i quali verrebbero a distinguersi soltanto per una «differenza quantitativa e non qualitativa (nel senso che è richiesta una più dettagliata definizione degli organi competenti, dei poteri attribuiti, e dei criteri in base ai quali tali poteri vanno esercitati etc.)» (p. 914). Sempre sul tema dei rapporti tra riserva di legge e principio di legalità, nel senso che quest'ultimo si ricava dalla prima cfr. Sandulli M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.
(68) In proposito Bachelet V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica...*, cit., osserva che la larga applicazione dell'istituto della riserva di legge relativa «tende a rafforzare... il generale principio di legalità, sia ... con una più precisa determinazione legale degli organi competenti, della loro organizzazione, dei loro reciproci rapporti ecc.; sia anche imponendo al legislatore di stabilire, nelle diverse materie, più precisi vincoli alla discrezionalità dell'amministrazione e di rendere così possibile l'esercizio di quel sindacato giurisdizionale e di quelle altre garanzie tradizionali che finirebbero, altrimenti, per non poter trovare pratica applicazione ove, in questi settori, fosse lasciata ai pubblici poteri un'ampia discrezionalità...» (p. 914).
(69) Sul tema cfr. Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., vol. I, il quale «muovendo dalla relativa preminenza della legge del parlamento» conclude nel senso di una «"preferenza" da accordare alle sue manifestazioni rispetto a quelle dell'attività amministrativa, nel senso che essa può assumere a proprio contenuto ogni specie di rapporto amministrativo, singolare o generale, senza che possa invocarsi una riserva costituzionale di materia a favore dell'amministrazione (...) Se così statuendo la Costituzione ha consentito un'ampliamento dei poteri di intervento del legislatore, deve tuttavia escludersi che gli abbia imposto altresì l'obbligo di provvedere in ogni caso con legge, anche quando, in luogo della riserva, sia stato disposto un semplice rinvio ad essa. Considerando il principio di legalità nel senso ora precisato si deve giungere alla conclusione del suo assorbimento in quello della riserva di legge relativa» (p. 347). Sul principio di legalità cfr., inoltre, Carlasserre L., *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; Satta F.,

Principio di legalità..., cit.; Fois S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, pp. 660.
(70) Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pp. 219 ss.
(71) Galligan D.J., *Discretionary powers. A Legal Study of Official Discretion*, cit., «Another vital aspect of decision-making is the way in which different factors acquire relative weigh and importance. (...) A certain ranking and ordering occurs so that decision making follows recognizable patterns, based around relatively fixed points, each of which may have, however soft edges and degree of open texture. It is from this very process of selection, continuity and ordering that standards - meaning rules, principles, and norms - begin to emerge...» (p. 125).
(72) Delega che per noi è sempre stata fonte di ampi poteri come nel caso delle ordinanze di necessità in relazione alle quali per altro la Corte costituzionale ha finito per sostenere che l'amministrazione deve specificare i canoni cui dette ordinanze devono attenersi (C. cost. 2 luglio 1956, n. 8; 27 maggio 1961, n. 26) assumendo perciò posizioni simili a quella analizzata in questa sede. In proposito cfr. Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 72-76.
(73) Si deve riflettere che è proprio da questa concezione che ha avuto origine un fenomeno molto criticato che è quello dell'estrema politicizzazione dell'amministrazione. Esso, infatti, si è potuto realizzare proprio perché è stato più il valore (politico) dell'interesse a guidare la ricostruzione del fatto che non il fatto nella sua oggettività ad attribuire la giusta dimensione del valore anche politico dell'interesse. Non è un caso che per reagire a quel fenomeno una parte della dottrina abbia individuato l'elemento pregnante della discrezionalità e della relativa scelta nella ragionevolezza e dunque in un concetto che nella teoria epistemologica in qualche modo serve a saggiare il valore scientifico di ipotesi dell'interpretazione di dati di fatto, e che la ragionevolezza venga utilizzata dalla Corte costituzionale per sindacare quell'attività legislativa che essendo attività politica, pur non esaurendo tutta l'attività politica, è attività libera nel fine.
(74) Sul tema cfr. Williamson E.O., *The Economic Institutions of Capitalism Firms, Market, Relational Contracting*, New York 1986. Per la comprensione della cultura giuridica americana è fondamentale Commons J.R., *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Il Mulino, Bologna, 1981. Cfr., inoltre, Tarello G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.
(75) In tal senso cfr. Polinsky A.M., *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, sec. ed., Edizioni de «Il Foro Italiano», Roma 1992; AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè, Milano, 1982; Chiassoni P., *Law and economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, 1992. Criticamente sulla diversa interpretazione dei concetti di razionalità e ragionevolezza fornita da giuristi ed economisti cfr. Chapman B., *The rational and the reasonable: Social Choice Theory and adjudication*, in *The Chicago University Law Review*, 1994, vol. 61, n. 1, pp. 41 ss.
(76) Castiello P., *La legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e le sue disposizioni di principio*, Bentham editrice, Roma 1993: «la prescrizione dettata con l'art. 12 (e con le corrispondenti disposizioni delle leggi di settore) concorre in definitiva alla positivizzazione del principio di procedimentalizzazione del potere, funzionale al soddisfacimento della riserva (relativa) di legge, secondo una concezione flessibile di questa che va facendosi sempre più strada sulla base della tendenziale sostituzione del principio di legalità con un più generale principio di normatività fondato sul ricorso a fonti normative non legislative;

tendenza supportata da convergenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale espressivi della sostanziale fungibilità tra garanzie funzionali del procedimento» (p. 59).
(77) Criticamente sul valore della L. 241 e sui suoi riflessi sulla discrezionalità cfr. Resta D., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e gli interessi legittimi dei cittadini nella legge di riforma del procedimento amministrativo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, Varenna, 17-19 settembre 1992, Giuffrè, 1994, pp. 271 ss.
(78) Sul rilievo del procedimento amministrativo Bognetti G., *Dalla «rule of law» allo «Stato amministrativo»: il problema della giustizia nell'amministrazione in America*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1975, n. 27; *I diritti fondamentali tra giudiziario e legislativo degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.* 1981, pp. 1067 ss.; Moe M.T., *Participatory workplace Decisionmaking and the NLRA: Section 8 (a) (2), Electromation, and the Specter on the Company Union*, in *New York Law Review*, 1993, vol. 68, pp. 1227 ss.
(79) Si coglie in tal modo una diversa dimensione dell'attività amministrativa. Sul tema per la dottrina italiana cfr. Freddi G., *Governabilità democratica e razionalità amministrativa*, in *Riv. trim. di scienza dell'amministrazione*, 1/1986, pp. 35-39: «Il concetto centrale, che non verrà mai abbastanza enfatizzato, è che, oggi più che mai, (dopo che la mano pubblica è così massicciamente presente nel settore degli interventi socio-economici) la pubblica amministrazione è diventata una macchina il cui combustibile è rappresentato da conoscenze, il cui lavoro è di natura empirico-sperimentale: le attività amministrative non sono più costituite, pressoché esclusivamente, da questioni di diritto ma, invece, e prevalentemente, da questioni di fatto. Se una pubblica amministrazione non è organicamente consapevole di questa circostanza, e pertanto è organizzata così da precludere una compiuta conoscenza e valutazione delle questioni di fatto, allora ci possiamo aspettare che sia anche incapace di riconoscere e correggere gli errori. Ritorno, ora, più analiticamente sul concetto di amministrazione intesa come sistema di conoscenze. Di norma, si parte dalla resunzione che le conoscenze necessarie all'amministrazione siano, per così dire, contenute nella sua struttura organizzativa: nella legge che, appunto, la «struttura» e nel complesso di più specifiche procedure e regolamenti che alla legge danno articolazione operativa; procedure e regolamenti i quali, nell'impostazione qui adottata, vanno visti come *regole decisionali*, come regole capaci di risolvere problemi. Insomma una struttura organizzativa altro non è che una proposizione empirica la quale asserisce di contenere le conoscenze necessario per svolgere i suoi compiti. (...)».
(80) Ledda F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 2, 1993, p. 133 ss.
(81) Sul complesso tema della concezione giustiziale dell'amministrazione cfr. Balboni E., *Amministrazione giudiziale*, Padova 1986.

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2026